Die Aufrechnung gegen Nichtschulden

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Erich Listner

Referendar

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1932

Referent: Prof. Dr. Henle

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Stoffanordnung.

A. Einleitung.

§ 1. Bedeutung der Streitfrage.

§ 2. Geschichtlicher Rückblick.

B. Die Aufrechnung gegen eine von Anfang an nichtbestehende Forderung.

I. Durch einseitiges Rechtsgeschäft:

§ 3. Die Regelung der Aufrechnung im BGB.

§ 4. Die Zahlungstheorie.

§ 5. Die Lehre Kohlers.

§ 6. Die Theorie Stölzels.

§ 7. Die Unwirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld.

II. Durch Vertrag:

§ 8. Die Aufrechnung durch Vertrag.

C. Die nach Erlöschen der Gegenforderung erklärte Aufrechnung.

§ 9. Die einseitige Aufrechnung.

§ 10. Die vertragliche Aufrechnung.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff = Achilles-Greiff, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., 1930.

Arndts = Arndts, Ritter von Arnesberg Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl., 1889.

Bähr = Bähr, „Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund", 3. Aufl., 1894.

Bernhöft = Bernhöft, „Zur Lehre von den Fiktionen", in der Festgabe für Bekker.

Bethmann-Hollweg = Bethmann-Hollweg, „Beitrag zur Lehre von der Compensation", in der Zeitschrift „Rheinisches Museum für Jurisprudenz", Bd. 1, 1827.

Brauer = Brauer, „Aufrechnung gegen eine Nichtschuld", Breslauer Diss., 1909.

Breit = Breit, „Die Geschäftsfähigkeit", 1903.

Brinz = Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. 21, 1879.

Brinz, Compensation = Brinz, „Die Lehre von der Compensation", 1849.

Cosack = Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., 1927.

Crome = Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1902.

Dernburg = Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens; zweiter Band, erste Abtlg., 3. Aufl., 1905.

Dernburg, Compensation = Dernburg, „Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte", 2. Aufl., 1868.

Dernburg, Pandekten = Dernburg, Pandekten, 2. Aufl., Bd. 2, 1889.

Dernburg, Privatrecht = Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Bd. 2, 5. Aufl., 1897.

Eccius = Eccius, „Die eventuelle Aufrechnung" in „Gruchots

Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts", Bd. 42, S. 15 ff.

Eccius = Eccius, „Nachträgliche Bemerkungen über eventuelle Aufrechnung und Aufrechnung nach Bürgerlichem Gesetzbuch", ebendort S. 233 ff.

Eck = Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 1903.

Eck, in Behrends Zeitschrift = Eck, „Bemerkungen zur Lehre von der Compensation" in „Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen", herausgegeben von Behrend, Bd. 3.

Eisele = Eisele, Die Compensation nach Römischem und Gemeinem Recht, 1876.

Endemann = Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl., 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff = Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 13. Bearbeitung, von Nipperdey, 1931, und Bd. 2, 11. Bearbeitung, von Lehmann, 1930.

Feder = Feder, „Die Rechtliche Natur der Aufrechnung außerhalb des Rechtsstreits" in „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht", Bd. 54, S. 434 ff.

Fischer-Henle = Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl.

Förster-Eccius = Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 7. Aufl., 1896, Bd. 2, 5. Aufl., 1887.

Fraustaedter = Fraustaedter, „Der Verlust des Aufrechnungsrechts bei Zahlung in Unkenntnis einer Aufrechnungsmöglichkeit", Rostocker Diss. 1929.

Goldschmidt = Goldschmidt, „Der Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung ...", im „Archiv für Bürgerliches Recht", Bd. 15, S. 153 ff.

Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Heck = Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Hellwig = Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, 1903.

Hellwig, Anspruch = Hellwig, „Anspruch und Klagrecht", 1900, in „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Dr. Otto Fischer", 5. Bd., 1. Heft.

Isay = Isay, „Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch", in „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Dr. Otto Fischer", 2. Bd., 2. Heft.

Jäger = Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 3./4. Aufl., 1907.

JW. = Juristische Wochenschrift.

Kipp-Windscheid = Kipp-Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906.

Klein = Klein, „Zurücknahme von Vorstellungsmitteilungen", im „Archiv für Bürgerliches Recht", Bd. 34, S. 323 f.

Koch = Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht, Bd. 2, 8. Aufl., 1886.

Koch, Forderungen = Koch, Das Recht der Forderungen nach Gemeinem und nach Preußischem Rechte, Bd. 2, 2. Aufl., 1859.

Koch, Privatrecht = Koch, Lehrbuch des Preußischen gemeinen Privatrechts, 1852.

Kohler, ZZPr., Bd. 20 = Kohler, „Kompensation und Prozeß", in „Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß", Bd. 20, S. 1 ff.

Kohler, ZZPr., Bd. 24 = Kohler, „Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche", in „Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß", Bd. 24, S. 1 ff.

Kohler, ArchZivPr. = Kohler, „Substanzrecht und Wertrecht", im „Archiv für die Civilistische Praxis", Bd. 91, S. 155 ff.

Kohler, Encykl. = Kohler, Bürgerliches Recht in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, begründet von Holtzendorff, Bd. 1, 6. Aufl., 1904.

Kohler, Lehrbuch = Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Teil, 1906.

Kreß = Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929.

Krug = Krug, Die Lehre von der Compensation, 1833.

Lang = Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, 1906.

Langheineken = Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch 1903.

Leonhard = Leonhard, Die Aufrechnung, 1896.

Leonhard, Schuldrecht = Leonhard, „Allgemeines Schuldrecht des BGB.", in „Bindings Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft", 10. Abtlg., 2. Teil, 1. Bd., 1929.

Leonhard, ArchBRecht = Leonhard, „Aufrechnung gegen eine Nichtschuld", im „Archiv für Bürgerliches Recht", Bd. 21, S. 171 ff.

Liebknecht = Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung nach heute geltendem und künftigem Reichsrecht, 1899.

Lippmann, in JJ., Bd. 32 = Lippmann, „Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs", in „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", Bd. 32, S. 157 ff.

Lippmann, in JJ., Bd. 43 = Lippmann, „Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung", in „Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", Bd. 43, S. 435 ff.

LZ. = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

Mackeldey = Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, herausgegeben von Roßhirt, Bd. 2, 12. Aufl., 1842.

Manigk = Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.

Mansfeld = Mansfeld, „Zur Lehre von der eventuellen Aufrechnung", in „Deutsche Juristen-Zeitung", 1898, S. 255 ff.

Matthiaß = Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 6./7. Aufl., 1914.

von Mayr = von Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 1903.

Meyer = Meyer, „Das Rückforderungsrecht im Falle der Aufrechenbarkeit", Königsberger Diss., 1919.

Motive = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Nolte = Nolte, „Das Wesen der Aufrechnung", Rostocker Diss., 1907.

Oertmann, ArchZivPr. = Oertmann, „Die rechtliche Natur der Aufrechnung", im „Archiv für die Civilistische Praxis", Bd. 113, S. 376 ff.

Oertmann, Kommentar = Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1928.

Oertmann, Recht 01 = Oertmann, „Die Rechtsbeständigkeit von Forderung und Gegenforderung als Erfordernis der Aufrechnung", in „Das Recht", 1901, S. 447 ff.

Oertmann, Recht 05 = Oertmann, „Aufrechnung und Anweisung", in „Das Recht", 1905, S. 33 ff.

OTrE. = Entscheidungen des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals.

Planck = Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., 1913, Bd. 2, 4. Aufl., 1914.

Puchta = Puchta, Pandekten, 11. Aufl., 1872.

Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Regelsberger = Regelsberger, „Die rechtliche Natur des Abrechnungsgeschäfts", im „Archiv für die Civilistische Praxis", Bd. 47, S. 153 ff.

Rehbein = Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. 2, 1903.

Reichel = Reichel, „Aufrechnung und Betrug", im „Archiv für die Civilistische Praxis", Bd. 125, S. 178 ff.

ROHG. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.

RGR. = Kommentar von Reichsgerichtsräten, Bd. 1 und Bd. 2, 7. Aufl., 1929.

RGZ. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

SeuffArch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Seuffert = Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, Bd. 2, 4. Aufl., 1867.

Siber = Siber, Compensation und Aufrechnung, 1899.

Siber, Schuldrecht = Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Schuldrecht, 1931.

Sintenis = Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 2, 3. Aufl., 1868.

Soergel = Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., 1926.

Schlesinger = Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten, 1858.

Schlichting = Schlichting, „Die Aufrechnung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche", Rostocker Diss., 1901.

Schollmeyer = Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1900.

Schwanert = Schwanert, Die Compensation nach Römischem Recht, 1870.

Stammler = Stammler, „Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren", in „Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich von Dr. Rudolf Stammler", 1897.

Staudinger = Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 9. Aufl., 1930.

Staudinger, Handkommentar = Staudinger, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches auf Grund von Staudingers Kommentar, 3. Aufl., 1931.

Stölzel = Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis, Bd. 2, 5. Aufl., 1914.

StriethArch. = Striethorsts Archiv für Rechtsfälle.

von Tuhr = von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910.

Vangerow = Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. 3, 7. Aufl., 1876.

Warneyer = Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 2. Aufl., 1930.

Weigelin = Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld.

Weismann, in ZZPr. = Weismann, „Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche", in „Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß", Bd. 26, S. 1 ff.

Windscheid-Kipp = Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906.

A. Einleitung.

§ 1. Bedeutung der Streitfrage.

Das in der vorliegenden Arbeit zum Gegenstand der Untersuchung gemachte Problem der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld ist nicht neu. Die Streitfrage wurde besonders zu Anfang dieses Jahrhunderts seit der Einführung des BGB. lebhaft erörtert. Die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich mit diesem Problem befaßten, hat zu der aufgeworfenen Frage ablehnend Stellung genommen und nur eine Minderheit hat sich für die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld eingesetzt.

Die Entscheidung der Streitfrage in dem einen oder anderen Sinne gewinnt Bedeutung in praktischer Hinsicht. Zwar gewähren beide Ansichten dem aufrechnenden Teil eine Klage auf das, was dieser vom Gegner zu fordern hat, aber die Natur der Klage ist eine verschiedene. Nach der herrschenden Ansicht ist es der nicht erloschene ursprüngliche Anspruch, der geltend gemacht wird, so daß also die für ihn bestehenden Pfänder und Bürgschaften bestehen bleiben, während nach der Gegenmeinung nur ein Bereicherungsanspruch gegeben ist, für den die bestellten Sicherheiten nicht weiter haften, sondern ebenfalls nur ein Bereicherungsanspruch gegen Verpfänder und Bürgen auf Neuverpfändung bzw. Neuverbürgung gegeben ist, da diese um den Wegfall der Haftung grundlos bereichert sind[1]). War ferner die zur Aufrechnung verwandte Forderung verzinslich, so sind die Zinsen bei Geltendmachung der ursprünglichen Forderung auch für die Zwischenzeit fortzuzahlen, während bei der

1) So Stölzel, S. 307.

auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützten Klage die Zinspflicht erst mit der Rechtshängigkeit der Klage eintritt; dabei können letzterenfalls nur die gesetzlichen Zinsen verlangt werden, mit der Klage aus der ursprünglichen Forderung hingegen die vereinbarten höheren Zinsen.

Vereinzelt hat man auch aus der verschiedenen Beantwortung der Streitfrage praktische Folgerungen für die Verteilung der Beweislast im Prozesse herleiten wollen. Klagt nämlich der Aufrechnende seine ursprüngliche Forderung ein und beruft sich der Beklagte im Prozeß auf die vom Kläger erklärte Aufrechnung, also auf das Erlöschen der eingeklagten Forderung, so hätte — nach Ansicht von Leonhard[2]) und Weismann[3]) — der Beklagte nicht nur die Abgabe der Aufrechnungserklärung durch den Kläger, sondern auch die Wirksamkeit des Aufrechnungsaktes, also das Bestehen seiner eigenen Gegenforderung zu beweisen, während bei der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung dem Kläger die Beweislast obliegt.

Diese Folgerung erscheint mir jedoch unrichtig. Beruft sich vielmehr der Beklagte im Prozeß auf die vom Gegner erklärte Aufrechnung, so hat der Kläger darzutun, weshalb er diese nicht gelten lassen wolle. Denn wenn der Kläger trotz der von ihm abgegebenen Aufrechnungserklärung die Forderung noch einklagt, so muß er auch darlegen, aus welchen Gründen die Forderung noch besteht und durch die Aufrechnung nicht untergegangen sei[4]). Der Fall ist nicht anders zu behandeln, als wenn der Beklagte die Tilgung der eingeklagten Forderung durch Vorlegen einer Quittung beweist; hier muß dann ebenfalls der Kläger den Gegenbeweis darüber führen, daß die Forderung trotzdem nicht erloschen sei.

Aber auch sonst ist es für den Aufrechnenden vorteilhafter, wenn er seine ursprüngliche Forderung behält, als

---

2) ArchBRecht, S. 220.
3) In ZZPr. S. 28; ebenso auch Brauer, S. 11.
4) Im Ergebnis ebenso: Brauer, S. 41.

wenn er nur auf einen Bereicherungsanspruch angewiesen ist. Hier kann sich der Beklagte nach § 818 Abs. 3 BGB. auf den gänzlichen oder teilweisen Wegfall der Bereicherung berufen, dort ist die Forderung — vom Verzuge abgesehen — Veränderungen nicht unterworfen.

Die oberstrichterliche Rechtsprechung hat für das geltende Recht erst einmal Gelegenheit gehabt, zu dem hier zu behandelnden Problem Stellung zu nehmen[5]). Allerdings hat sich das Reichsgericht in dieser Entscheidung nur mit dem nachstehend unter 2 erwähnten Fall zu befassen gehabt, während die Frage der Aufrechnung gegen eine von Anfang an nicht bestehende Forderung bisher vom Reichsgericht noch nicht entschieden worden ist. Man wird aber in der Annahme nicht fehlgehen, daß sich der höchste Gerichtshof in dieser Streitfrage gleichfalls der herrschenden Lehre anschließen würde.

Bei Bearbeitung der Aufgabe sind zwei Fälle scharf von einander zu trennen:

1. Die Aufrechnung gegen eine Forderung, die niemals existent geworden ist und
2. die Aufrechnung gegen eine Forderung, die einmal bestanden hat, aber später durch Erfüllung oder eines ihrer Surrogate untergegangen ist; also der Fall, daß eine Forderung in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit erfüllt wurde.

Daß auch im letzteren Falle durch die nachträgliche Abgabe der Aufrechnungserklärung eine Aufrechnung gegen eine Nichtschuld vorliegt, erscheint einleuchtend[6]). Denn auch hier erfolgt die Abgabe einer Aufrechnungserklärung, ohne daß noch eine Gegenforderung vorhanden ist. Die Tatsache aber, daß hier einmal eine Forderung bestanden hat, gegen die hätte aufgerechnet werden können, läßt ganz andere Probleme bei der Lösung der Aufgabe auftauchen, als wenn eine Gegen-

---

5) RGZ. 120, S. 280.

6) A. A. in dieser Beziehung Leonhard, ArchBRecht, S. 189 unter 4.

forderung überhaupt niemals vorhanden gewesen ist. Es erscheint daher gerechtfertigt, die Arbeit so, wie geschehen, zu gliedern.

Schließlich wäre am Schlusse der beiden Abschnitte noch zu prüfen, ob es einen Unterschied begründet, wenn die Aufrechnung statt durch einseitiges Rechtsgeschäft durch Vertrag erfolgt.

§ 2. Geschichtlicher Rückblick.

Werfen wir zunächst einen Blick auf frühere Rechte; welche Rolle spielte da unsere Streitfrage?

a) Im römischen Recht galt ursprünglich nur bei bonae fidei iudicia der Grundsatz, daß der Richter nach seinem Ermessen auf Gegenforderungen des Beklagten Rücksicht zu nehmen habe. Vor allem wenn es sich um solche ex eadem causa handelte. Später wurde dann die Aufrechnung auch für Gegenforderungen ex dispari causa zugelassen. Diese Regelung entsprach der bona fides, denn der Kläger handelte dolos, wenn er forderte, was er doch wieder sofort zurückgeben mußte („dolo petit qui petit, quod redditurus est"). Anders war es bei den stricti iuris actiones. Hier wurde der Beklagte verurteilt, auch wenn ihm ebenfalls eine gleich hohe Forderung gegen den Kläger zustand. Ausnahmen wurden vom Prätor nur in zwei Fällen geschaffen, nämlich beim argentarius und beim bonorum emtor. Hiervon abgesehen schuf erst ein Reskript von Marc Aurel Wandel. Er ließ gegen die strictae actiones eine exceptio doli zu, wenn der Klagende die Berücksichtigung einer vom Beklagten geltend gemachten aufrechnungsfähigen Gegenforderung verweigerte. Damit war dem Beklagten der actio stricti iuris gegenüber ein Kompensationsrecht gegeben worden. Während es bei bonae fidei actiones im Ermessen des iudex gestanden hatte, ob er die Kompensation zulassen wollte oder nicht, mußte nunmehr die exceptio doli in die Formel aufgenommen werden, wenn sich der Beklagte in iure auf seine Gegenforderung berufen hatte.

Zur Zeit Justinians war es dann nicht mehr erforderlich, daß die Aufrechnung bereits in iure vom Beklagten vorgebracht wurde. Vielmehr konnte die Kompensationseinrede im Prozeß zu jeder Zeit geltend gemacht werden, ohne daß der Richter irgendwelcher besonderen Ermächtigung zur Berücksichtigung derselben bedurfte und ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Klagen aus stricti iuris negotia oder bona fidei negotia handelte. Die Kompensation wirkte also nach dem Recht des Corpus iuris ipso iure [7]) und nicht mehr bloß ope exceptionis. Die einzige Voraussetzung, an die die Berücksichtigung der Kompensationseinrede im Prozeß geknüpft war, war die „Liquidität" der Gegenforderung, d. h. die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung mußte sofort beweisbar sein, damit die Erledigung des Prozesses keine Verzögerung erlitt.

Schon durch das bloße Gegenüberstehen der beiden Forderungen trat eine Bindung und Entkräftung der gegenseitigen Forderungen ein; doch war diese Wirkung nur eine vorläufige. Zur unmittelbaren Aufhebung der beiden Forderungen war ein Vertrag der Parteien erforderlich [8]) oder die siegreich durchgeführte Kompensationseinrede im Prozeß.

Aus dieser Entwicklung, die die Lehre von der Kompensation im römischen Recht genommen hat, ergibt sich, daß die Frage nach der Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld solange nicht entstehen konnte, als die Aufrechnung im Prozeß durch den Richter vollzogen wurde. Dieser hatte, bevor er den Kläger mit seiner Klage (ganz oder teilweise) abwies, das Bestehen der Gegenforderung zu prüfen und erst deren Feststellung hatte die Klageabweisung in Höhe der als bestehend festgestellten Gegenforderung zur Folge. Hatte der Richter hierbei das Bestehen der Gegenforderung zu Unrecht angenommen, so berührte das die Be-

---

7) A. A. Feder, S. 440 ff., 448 § 12.

8) Dagegen: Leonhard, S. 12 und S. 19, der die Möglichkeit einer vertragsmäßigen Kompensation im römischen Recht leugnet.

ständigkeit des Urteils nicht. Dessen Rechtskraft heilte diesen Mangel. Die zu Unrecht festgestellte Gegenforderung galt als bestehend und einer Wiederholung der Klage wegen Nichtbestehens der Gegenforderung stand die Einrede der Rechtskraft entgegen.

Soweit zur unmittelbaren Aufhebung der beiden Forderungen ein Vertrag der Parteien erforderlich war, sollte man annehmen, daß die Streitfrage aus dem Grunde keine Rolle spielte, weil jeder Teil nur dann den Vertrag abschließen würde, wenn er seinerseits tatsächlich etwas schuldete; und doch ist es auch hier denkbar, daß der Vertrag abgeschlossen wurde, ohne daß die Gegenforderung bestand, weil insbesondere der eine Teil nur irrtümlich annahm, Schuldner seines Schuldners zu sein. In diesen Fällen gab das römische Recht demjenigen, der seinerseits nichts schuldete, die ursprüngliche Klage und keine condictio indebiti; es versagte also dem Vertrage seine Wirksamkeit [9])

Hatte der Schuldner gezahlt, ohne zu wissen, daß ihm ebenfalls eine Forderung gegen seinen Gläubiger zustand, also in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit, so gewährte ihm das römische Recht eine condictio indebiti [10]). Der Schuldner begründete dann die von ihm erhobene Kondiktionsklage damit, daß er von seinem Kompensationsrecht Gebrauch mache. Gab der Richter daraufhin der Kompensations-

---

9) Die Quellen des römischen Rechts erwähnen den Kompensationsvertrag allerdings nur sehr spärlich. Für obige Ansicht sprechen jedoch die Stellen: D 2/14/51 § 1

„Idem eodem loco scribit, si debitorem tuum iussisti solvere Titio, cui legatum falso debere existimas, et debitor pactus sit cum Titio suo debitore constituto: neque tibi adversus tuum debitorem neque ipsi adversus suum actionem peremptam" und C 4/31/13, C 4/49/2; vgl. Dernburg, Compensation, S. 594 f.; Eisele, S. 237—244, Schlesinger, S. 160, Anm. 73; — a. A. Bähr, S. 129, letzter Satz, und Regelsberger, S. 164.

10) So D 16/2/10 § 1: „Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto."

einrede statt, so erkannte er gleichzeitig auf Rückleistung der nunmehr indebite erfolgten Zahlung des Klägers.

b) Im gemeinen Recht war die Frage nach dem Eintritt der Kompensation äußerst bestritten. Im Anschluß an die Quellenworte „Ipso iure compensari“ [11a]) wurde vielfach die Ansicht vertreten, daß die sich deckenden Beträge von Forderung und Gegenforderung sich schon durch ihr Gegenübertreten einander aufhöben. In der Hauptsache vertraten diese Theorie der Glossator Martinus und der Postglossator Tyndarus. Im 19. Jahrhundert verfochten diese Ansicht nach Mackeldey[11b]), Krug[11c]) und Brinz[11d]). Jedoch war diese Lehre zu dieser Zeit nicht mehr als die herrschende anzusehen. Vielmehr überwog in der deutschen Wissenschaft die Ansicht, daß durch das bloße Gegenüberstehen sich die beiden Forderungen einander nicht aufheben, sondern daß es dazu noch einer menschlichen Tätigkeit bedarf, sei es einer gegenseitigen Übereinkunft oder der einseitigen Geltendmachung im Prozeß durch den Schuldner; und zwar wurde es dann so angesehen, als hätten die beiden sich gegenüberstehenden Forderungsrechte schon von der Zeit ihres Gegenüberstehens an ipso iure aufgehoben [12]).

Im Gegensatz zur Wissenschaft haben die obersten Gerichte mit wenigen Ausnahmen den Standpunkt vertreten, daß auch außergerichtlich kompensiert werden könne: die Aufrechnung komme durch einseitige Erklärung des einen

---

11a) D 16/2/21, vgl. auch D 16/2/10.

11b) § 497 S. 379.

11c) S. 12 letzter Absatz, S. 95, 97, 98 oben und S. 208.

11d) S. 426, 433 (jedoch nur bezüglich gleichartiger Gegenforderungen in persönlichen Klagen).

12) So Windscheid-Kipp, S. 463, 470; Eisele, S. 250 letzter Absatz, S. 381; Schwanert, S. 43 und S. 69 oben; Brinz, Compensation, S. 155; Sintenis, § 104, S. 422—424, 446; Arndts, S. 535; Bethmann-Hollweg, S. 269; Seuffert, § 288, S. 144; Puchta, § 290, S. 449; Vangerow, 3. Bd., S. 360; Dernburg, Pandekten, S. 168 u. 174, § 64, anders in der 7. Aufl., 1903, S. 172, wo die einseitige Erklärung eines der Beteiligten für genügend angesehen wird.

Teils an den anderen zustande und es gelten dann die Forderungen schon von dem Augenblick an, von dem sie einander aufrechenbar gegenübertreten, für aufgehoben. Darnach war die Kompensation vom Prozeß unabhängig und das Urteil des Richters stellte nur die bereits eingetretene, aber vom Gegner zu Unrecht geleugnete Aufrechnung fest[13]). Auch das Reichsgericht hat sich dieser Ansicht in den Erkenntnissen vom 19. 5. 1882 (Bd. 7 S. 245) und 11. 10. 1883 (Bd. 11 S. 119 f.) angeschlossen.

Soweit der Stand der Kompensationslehre im gemeinen Recht, wobei allerdings nur die hauptsächlichsten Ansichten mitgeteilt worden sind. Dabei ist es klar, daß die hier zu behandelnde Streitfrage dort nicht auftauchen konnte, wo für den Eintritt der Kompensation der Satz „ipso iure compensatur" vertreten wurde. Denn nur das Gegenüberstehen zweier gültiger Forderungen hatte die Wirkung der Selbstaufhebung beider Forderungen. Aber auch für die in der Wissenschaft herrschende Lehre spielte das Problem der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld dort keine Rolle, wo die Kompensation einredeweise im Prozeß geltend gemacht wurde. Bevor nämlich der Richter die Aufrechnung durch Urteil feststellte, hatte er das Bestehen der Gegenforderung zu prüfen. Stellte er dabei zu Unrecht eine Gegenforderung des Beklagten fest, so verhinderte die Rechtskraft des Urteils eine nochmalige Geltendmachung der Klageforderung. Gleiches galt auch für den umgekehrten Fall, wenn der Richter die Klageforderung zu Unrecht für bestehend anerkannte. Entsprechend verhielt es sich auch dann, wenn die Klage — bzw. Gegenforderung zu Unrecht als nicht bestehend vom Richter angenommen wurde. Im letzteren Falle wurde der Beklagte zur Zahlung verurteilt und die positive Funktion der Rechtskraft verhinderte eine erneute Geltendmachung der

13) SeuffArch., Bd. 7, S. 196; Bd. 17, S. 368 f.; Bd. 22, S. 198, Bd. 23, S. 193 f.; Bd. 38, S. 283. Dagegen wird die in der Wissenschaft herrschende Ansicht gebilligt von SeuffArch., Bd. 9, S. 332 f.; Bd. 42, S. 285, anscheinend auch Bd. 28, S. 356 durch die Bezugnahme auf Vangerow und Puchta.

Gegenforderung. Handelte es sich dagegen um die Klageforderung selbst, die zu Unrecht als nicht bestehend festgestellt wurde, so konnte der Kläger in dem neuen Prozeß, in dem der Beklagte seine Gegenforderung einklagte, seine Klageforderung wegen der Rechtskraft des ersten Urteils nicht mehr einredeweise zur Kompensation bringen. Es entsprach also das gemeine Recht in dieser Beziehung durchaus dem römischen Recht.

Erfolgte die Aufrechnung durch Vertrag unter den Parteien und stellte sich später heraus, daß eine der beiden Forderungen nicht bestand, so war der Kompensationsvertrag wegen Fehlens einer Voraussetzung nichtig, die zur Aufrechnung gestellte gültige Forderung blieb also bestehen [14]). Das gemeine Recht war auch hierin dem klassischen römischen Recht gefolgt.

Für die von den obersten Gerichten zugelassene außergerichtliche Kompensation sollte man annehmen, daß die Frage der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld eine erhöhte Bedeutung erlangt hätte. Jedoch scheint dieser Fall nur selten, vielleicht gar nicht praktisch geworden zu sein. Denn nur eine einzige Entscheidung ist hierüber ergangen und diese betraf nicht das gemeine, sondern das preußische Recht [15]).

c) Für dieses war die Kompensation im Allgemeinen Landrecht Teil I Titel 16 § 300 ff. geregelt. Nach dem Wortlaut des § 301, welcher lautet:

> „Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen geachtet."

sollte man annehmen, daß sich Forderung und Gegenforderung von selbst, d. h. ohne menschliche Tätigkeit, aufheben. Die Praxis hat jedoch stets den Standpunkt vertreten, daß

14) So Dernburg, Pandekten, 7. Aufl., 1903, S. 172, Anm. 3; Dernburg, Compensation, 1868, S. 594; Krug, S. 102; Eisele, S. 237/238; Schlesinger, S. 159/160. — A. A. Bähr, S. 129; Regelsberger, S. 164.

15) SeuffArch., Bd. 19, S. 346.

zur Aufhebung der gegenüberstehenden Forderungen durch Kompensation die Willenserklärung eines der Beteiligten erforderlich sei[16]). Die Aufrechnung konnte darnach nicht nur im Prozesse, sondern zu jeder Zeit dem anderen Teil mit der Wirkung erklärt werden, daß die beiden Forderungen als in dem Zeitpunkt als erloschen betrachtet wurden, in dem sie sich einander aufrechenbar gegenübergetreten sind. — Die Wissenschaft hat sich dieser Auslegung des Gesetzes durch die obersten Gerichte angeschlossen[17]), indem sie sich darauf berief, daß der § 300 ein „Anrechnen" voraussetzt und dieses eine Tätigkeit einer der Parteien verlangt. — Die vertragliche Kompensation war zwar im Allgemeinen Landrecht nicht geregelt, in der Wissenschaft und Praxis aber ebenfalls allgemein für zulässig erklärt worden.

Es ist daher selbstverständlich, daß hier im preußischen Recht, wo die Kompensation durch einseitige Erklärung auch außerhalb des Prozesses anerkannt war, die Frage der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld eine größere Rolle spielte. Die Wissenschaft ging bei der Besprechung der Lehre von der Kompensation davon aus, daß die Aufrechnung zwei gültige Forderungen voraussetzt[18]). Die Kompensation war mithin unwirksam, wenn die zur Aufrechnung verwandte Gegenforderung ungültig war, und dem Aufrechnenden stand die Kontraktsklage bezüglich seiner Forderung weiter zur Verfügung[19]). Denselben Standpunkt vertrat auch die Praxis

---

16) So RGZ., Bd. 7, S. 245, letzter Abs.; Bd. 11, S. 120; OTrE., Bd. IV, S. 208; StriethArch., Bd. 77, S. 157, unten; Bd. 84, S. 184; ROHG., Bd. 7, S. 86/87; Bd. 9, S. 110; vgl. auch die Verfügung des Justizministers vom 3. August 1840 (Justizministerial-Blatt von 1840, S. 290).

17) Vgl. Koch, Anm. 1 u. 3 zu § 300; Dernburg, Privatrecht, S. 253, § 104; Förster-Eccius, Bd. 1, S. 594; Koch, Privatrecht, Bd. II, § 582, I, S. 257; § 584, I, S. 261.

18) Förster-Eccius, Bd. 1, S. 601; Dernburg, Privatrecht, S. 256; Koch, Privatrecht, S. 259; Koch, Forderungen, § 165, S. 711.

19) Förster-Eccius, Bd. II, S. 464, Anm. 39.

des preußischen Obertribunals[20]), welches die Existenz der Gegenforderung als ein „Essentiale des Rechtsgeschäftes" bezeichnete. — Entsprechend wurde auch die Gültigkeit des Kompensationsvertrages von dem Bestehen der gegenseitigen Forderungen abhängig gemacht[21]).

B. Die Aufrechnung gegen eine von Anfang an nicht bestehende Forderung.

I. Durch einseitiges Rechtsgeschäft.

§ 3. Die Regelung der Aufrechnung im BGB.

Im BGB. hat dann die bisher in Theorie und Praxis herrschende Ansicht, wonach die Kompensation auch durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung außerhalb des Prozesses vorgenommen werden kann, ihren Niederschlag in der Bestimmung des § 388 gefunden, wo es im Satz 1 heißt:

> „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile."

Die vertragliche Kompensation ist dagegen auch im BGB. nicht geregelt worden. Infolge des im Schuldrecht geltenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit bedeutet dies keinen Mangel. Es steht den Parteien frei, ihre gegenseitigen Forderungen auch durch Vertrag zum Erlöschen zu bringen. Das Gesetz selbst befaßt sich daher nur mit dem gesetzlichen Recht zur Aufrechnung[22]), das dem einen Teile gewährt wird, ohne daß er hierzu der Zustimmung des anderen Teiles bedarf.

---

20) Vgl. OTrE., Bd. 54, S. 125 (= StriethArch., Bd. 59, S. 43).

21) Dernburg, Privatrecht, S. 258, unter 4; Eck, in Behrends Zeitschrift, S. 141.

22) Vgl. Motive, Bd. II, S. 104.

Durch die positive Bestimmung des Gesetzes, daß die Aufrechnung durch einseitige Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt, lebte die bereits im preußischen Recht aufgetauchte Streitfrage nach der Gültigkeit der Kompensation beim Nichtbestehen der Gegenforderung wieder auf. Während aber nach dem Allgemeinen Landrecht die Meinung, die die Ungültigkeit der Kompensation in diesem Falle bejahte, nur wenige Gegner fand, wuchs mit dem Inkrafttreten des BGB. die Zahl derer, die der Aufrechnungserklärung in keinem Falle ihre Wirksamkeit versagen wollten. Die Mehrzahl der Schriftsteller vertritt jedoch auch jetzt noch den Standpunkt, daß zur Gültigkeit der Aufrechnung zwei wirksame Forderungen erforderlich seien. Die Gegner der herrschenden Lehre haben zur Begründung ihrer Ansichten die verschiedensten Konstruktionsversuche über die Natur der Aufrechnung gemacht. Man hat sie als „ideelle" oder auch „fingierte" Zahlung, als Leistung an Erfüllungs Statt, als Anweisung u. a. m. bezeichnet und ist auf diese Weise dann zu dem von der herrschenden Lehre abweichenden Ergebnis gelangt.

§ 4. Die Zahlungstheorie.

Zu den Vertretern derjenigen Theorie, die die Aufrechnung nach Analogie der Zahlung behandeln will, gehören Isay[23]), Leonhard[24]) und Weismann[25]). Letzterer verweist — allerdings ohne nähere Begründung — auf die analoge Anwendung der Vorschriften über die Zahlung und erklärt: Ebenso wie die Zahlung einer Nichtschuld eine Kondiktion begründe, so müsse auch die Aufrechnung gegen eine nichtbestehende Forderung einen Bereicherungsanspruch hervorrufen.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt auch Leonhard,

23) S. 73 und S. 81.

24) Leonhard, S. 154, unten; derselbe, Schuldrecht, § 317, S. 615; derselbe, ArchBRecht, S. 173, oben, S. 202, § 13, S. 206, letzter Abs. von § 13.

25) In ZZPr., Bd. 26, S. 28.

der noch bemerkt, daß auch die Zahlung auf eine ungültige Schuld dingliche Wirkungen hervorrufe. Allerdings räumt er ein, daß Zahlung und Aufrechnung keineswegs durchweg gleich gestaltet seien und Rückschlüsse von dem einen Geschäft auf das andere nur insoweit zulässig seien, als sie ein gleiches Moment enthalten. Eine solche analoge Gestaltung bestehe aber bei beiden Geschäften erstens in ihrer Wirkung, indem sie die Befriedigung des anderen Teils herbeiführen und zweitens noch in folgendem: Ebenso wie bei der Zahlung der Schuldner noch ausdrücklich oder stillschweigend die Erklärung abgeben müsse, daß diese Leistung zur Tilgung der Schuld bestimmt sei, so enthält auch die Aufrechnung die Erklärung des Aufrechnenden, „daß die Aufopferung seines Anspruchs zu dem Zweck erfolgt, die Gegenforderung zu tilgen“ [26]). Beide Erklärungen seien einseitige Rechtsgeschäfte. Wird daher der mit der Erklärung des Aufrechnenden bezweckte Erfolg nicht herbeigeführt, so ist die Aufrechnung — ebensowenig wie die Zahlung — nicht etwa ungültig, sondern es kann der eingetretene Erfolg, nämlich das Erlöschen der eigenen Forderung, genau wie bei der Zahlung nur mit der Bereicherungsklage rückgängig gemacht werden.

Dieser Vergleich zwischen Aufrechnung gegen eine Nichtschuld und Zahlung ist jedoch, wie sich aus nachstehendem ergibt, unrichtig. Nicht beanstandet werden kann allerdings der erste Vergleich. Sowohl die wirksame Zahlung als auch die wirksame Aufrechnung führen die Tilgung der Schuld des Zahlenden, bzw. Aufrechnenden herbei. Dagegen kann der weiteren Beweisführung Leonhards über die Analogie zwischen Aufrechnung und Zahlung nicht beigetreten werden. Man mag zwar zugeben, daß die Abgabe der Aufrechnungserklärung gleichzeitig die weitere Erklärung enthält, daß die Aufopferung der eigenen Forderung zum Zweck der Tilgung der Gegenforderung geschehen solle. Damit ist aber noch nicht die weitere Folgerung Leonhards bewiesen, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld gültig sein müsse.

---

26) Im ArchBRecht, S. 204.

Denn bei der Zahlung hat die Hinzufügung der Zweckbestimmung doch nur dann Bedeutung, wenn eine wirksame Zahlung erfolgt. Ist diese aber nichtig, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit des Gläubigers, so ist auch die weitere Erklärung des Schuldners, daß die Zahlung zum Zweck der Schuldtilgung erfolge, bedeutungslos, denn die Schuld erlischt in diesem Falle nicht. Genau so verhält es sich auch bei der Aufrechnung. Die Erklärung des aufrechnenden Teils, daß die Aufrechnung zur Tilgung der Gegenforderung erfolgen soll, gewinnt nur dann Bedeutung, wenn die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld wirksam ist. Ist diese jedoch ungültig, so ist die weitere Erklärung ebenso bedeutungslos wie bei der Zahlung. Leonhard muß daher erst einmal nachweisen, daß die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld wirksam ist; und wenn das feststeht, dann kann erst die weitere Übereinstimmung zwischen der Aufrechnung und der Zahlung als richtig anerkannt werden. Der Versuch Leonhards, die Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld aus der Analogie von Zahlung und Aufrechnung herzuleiten, muß daher als verfehlt angesehen werden.

Leonhard beruft sich nun weiterhin auf die gesetzliche Bestimmung des § 357 BGB.[27]). In dieser sei ausdrücklich die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zugelassen. Das ist zwar richtig, diese Vorschrift läßt eine Aufrechnung auch dann noch zu, wenn der Vertrag bereits durch Rücktrittserklärung des Aufrechnungsgegners aufgehoben worden ist. Damit besteht eine Verbindlichkeit des Aufrechnenden nicht mehr. Die trotzdem noch erklärte Aufrechnung stellt sich daher als eine Aufrechnung gegen eine Nichtschuld dar. Aber aus dieser Ausnahmebestimmung kann für unser Problem nichts gefolgert werden. Man kann ebenso gut sagen, daß der Gesetzgeber in anderen Fällen die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld für unwirksam gehalten habe, sonst hätte es nicht dieser besonderen Vorschrift bedurft. Leonhard selbst scheint ebenfalls die Schwäche dieses Arguments

27) ArchBRecht, § 12, S. 201.

erkannt zu haben, denn er hat den § 357 BGB. nicht allein zur Stützung seiner Ansicht herangezogen. Überdies wird im § 357 BGB. nicht die Aufrechnung für wirksam, sondern der Rücktritt für unwirksam erklärt.

Ferner macht Leonhard noch geltend, daß man doch gegen eine durch Einrede entkräftete Forderung aufrechnen könne. Zwischen einer solchen und einer nichtigen bestehe aber kaum ein sachlicher Unterschied. Hierbei ist zuzugeben, daß man durch Umkehrschluß aus § 390 BGB. die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, entnehmen kann. Auch darin soll Leonhard recht gegeben werden, daß sich eine durch dauernde Einrede entkräftbare Forderung von einer Nichtforderung häufig kaum unterscheidet. Aber es läßt sich andererseits die Tatsache nicht hinwegräumen, daß die durch Einrede entkräftete Forderung doch tatsächlich besteht. Hier ist eine Forderung also wirklich vorhanden, so daß — auch im Falle ihrer Entkräftung durch Einrede — eine Aufrechnung gegen eine Nichtschuld gar nicht vorliegt.

Leonhard vermag uns daher von der Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld nicht zu überzeugen.

Isay verweist gleichfalls auf den parallelen Aufbau von Zahlung und Aufrechnung; in beiden Fällen erfolge u. a. eine Tradition, bei der Zahlung die Hingabe von Geldstücken und bei der Aufrechnung die Hingabe einer Forderung. Aus diesen verwandten Zügen zwischen Aufrechnung und Zahlung ergebe sich für die Aufrechnung die analoge Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung und damit also die Wirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld.

Diese Beweisführung erscheint aber bei näherer Betrachtung ebenfalls als verfehlt. Das einzige Gemeinsame der beiden Rechtsgeschäfte ist — wie bereits oben dargelegt — ihre Wirkung. Beide führen nämlich die Befriedigung des anderen Teils, also das Erlöschen der Forderung herbei. Die Aufrechnung darüber hinaus auch noch den Untergang der eigenen Forderung des Aufrechnenden in Höhe der einander

deckenden Beträge. Im übrigen aber sind Zahlung und Aufrechnung durchaus verschieden, insbesondere ist es verfehlt, die Aufrechnung als Hingabe einer Forderung an Zahlungs Statt anzusehen [28]).

Zunächst vollzieht sich die Aufrechnung einseitig ohne Mitwirkung des anderen Teils, während die Zahlung immer einen Vertrag erfordert. Ferner ist zur Zahlung ein tatsächliches Geben und Nehmen von wirklich vorhandenen Geldstücken erforderlich, während bei der Aufrechnung diese Erfordernisse nicht vorzuliegen brauchen. Sie ist auch dann statthaft, wenn der Aufrechnende zur effektiven Leistung überhaupt gar nicht in der Lage ist. — Weiter unterscheiden sich Zahlung und Aufrechnung noch dadurch, daß unter Umständen Zahlung ausgeschlossen, aber Aufrechnung zulässig ist. So bei der Teilzahlung; nach § 266 BGB. ist der Gläubiger nicht verpflichtet, sich eine teilweise Befriedigung durch den Schuldner gefallen zu lassen. Er kommt durch die Ablehnung der Teilleistung nicht in Verzug. Anders bei der Aufrechnung; diese ist auch dann wirksam, wenn durch sie die Forderung des Aufrechnungsgegners nur teilweise zum Erlöschen gebracht wird. Die Aufrechnung setzt m. a. W. nicht voraus, daß die einander gegenüberstehenden Forderungen gleich hoch sind. Der Gläubiger muß sich also in diesem Falle eine Teilbefriedigung gefallen lassen und kann ihr nicht widersprechen. Schließlich kann nach § 267 BGB., sofern der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, — was bei Geldleistungen stets zutreffen wird — auch ein Dritter die Leistung bewirken, ohne daß die Einwilligung des Schuldners hierzu erforderlich wäre. Anders wiederum bei der Aufrechnung. Die Befriedigung mittels Aufrechnung durch einen Dritten braucht der Gläubiger nicht zu dulden. Sie ist — einseitig — nicht möglich, da es an dem Erfordernis der Gegenseitigkeit fehlen würde. Hiervon gibt es nur einige wenige, gesetzlich geregelte Ausnahmefälle, z. B. §§ 268, 1142 Abs. II, 1224, 1249 BGB.

---

28) Darüber unten S. 42.

Alle diese Unterschiede zeigen, daß Aufrechnung und Zahlung ihrer Natur nach voneinander grundverschieden sind. Die analoge Anwendung der für die Zahlung geltenden Vorschriften auf die Aufrechnung muß daher wegen dieser Verschiedenheit beider Rechtsinstitute abgelehnt werden. Damit entfallen aber auch die weiteren Folgerungen, die aus der analogen Behandlung gezogen worden sind, nämlich die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld [29]).

§ 5. Die Lehre Kohlers.

Auf andere Weise versucht Kohler die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zu begründen. Nach ihm ist die Aufrechnung nur ein besonderer Fall der Anweisung. Der Schuldner weist seinen Gläubiger an, daß dieser das, was er seinerseits dem Schuldner schuldet, an sich selbst zahle. Auf diese Weise werde auch gleichzeitig die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner getilgt. Da nun bei der Zahlung durch den Angewiesenen an den Anweisungsempfänger ersterer auch dann von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Anweisenden befreit wird, wenn dieser dem Anweisungsempfänger nichts schuldet, so trete auch in dem Falle eine Befreiung des Schuldners ein, wenn dessen Schuld an den Aufrechnungsgegner nicht wirksam besteht [30]).

Aber auch aus dieser Begründung ergibt sich nicht die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld. Zunächst einmal müßte sich in systematischer Beziehung die Frage aufwerfen, weshalb die Anweisung im besonderen, die Aufrechnung dagegen im allgemeinen Teil der Schuldver-

---

29) Ablehnend Stellung nehmen ebenfalls: Eck, S. 362, letzter Abs.; Lippmann, in JJ. Bd. 32, S. 220 f., Leonhard, im ArchBRecht, Bd. 21, S. 207; Schlichting, S. 75 f.; Weigelin, S. 35; Brauer, S. 19.

30) Vgl. Kohler, ZZPr., Bd. 24, S. 2 ff., 20, 33; ders. im ArchZivPr. Bd. 91, S. 171; ders. Enzykl. Bd. 1, § 68, S. 670; ders. Lehrbuch, S. 184, 208 ff., § 77, 210, § 78.

hältnisse geregelt worden ist. Wäre die Aufrechnung nur ein Spezialfall der Anweisung, so hätten beide Rechtsinstitute wegen ihrer Zusammengehörigkeit auch gemeinsam und nicht getrennt geregelt werden müssen. Zumindest hätte es aber nahe gelegen, Aufrechnung und Anweisung in demselben Teil der Schuldverhältnisse zu behandeln.

Ferner kann der Theorie Kohlers deshalb nicht zugestimmt werden, weil die gesetzlichen Vorschriften der beiden Rechtsinstitute nicht miteinander in Übereinstimmung gebracht werden können. Der § 389 BGB. ordnet z. B. die Rückwirkung der Aufrechnung auf den Zeitpunkt an, in dem sich die beiden Forderungen einander aufrechenbar gegenübergetreten sind. Eine solche Rückwirkung ist aber für die Anweisung undenkbar. Wie sollte die Zahlung oder „Eigenzahlung" mit ex tunc Wirkung ausgestattet werden? Eine solche Annahme wäre zwar nicht unmöglich, aber doch äußerst fernliegend und schwer vorstellbar. Das BGB. hat daher auch eine Rückwirkung nicht angeordnet.

Nach § 390 BGB. schließt die Verjährung der einen Forderung die Aufrechnung dann nicht aus, wenn diese schon zu der Zeit möglich war, als die Forderung noch nicht verjährt war. Für die Anweisung gilt etwas entsprechendes nicht.

Nach § 388 BGB. hat bereits die einseitige Erklärung des einen Teils tilgende Wirkung, während bei der Anweisung erst die Leistung selbst das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringt. — Allerdings meint Kohler, daß dieser Unterschied deshalb nicht bestehe, weil es hier infolge der Identität zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger einer Zahlung gar nicht bedürfe. Durch diese Personengleichheit trete Befriedigung ein, ohne daß noch ein Zahlungsgeschäft erforderlich sei. Hiergegen muß aber gesagt werden, daß die Tatsache der Identität zweier Personen noch keine Zahlungswirkung hervorrufen kann; vielmehr bedarf es in solchen Fällen — genau ebenso wie bei Geschäften des Vertreters mit sich selbst gemäß § 181 BGB. — noch eines äußerlich erkennbaren Aktes, durch den die Tatsache der Zahlung

auch Dritten gegenüber erkennbar wird. Schließlich verstößt die Ansicht Kohlers auch gegen den Satz: „Anweisung ist keine Zahlung".

Die Aufrechnung kann ferner gegen den Willen des anderen Teils erfolgen, während die Anweisung allein, ohne Einverständnis des Angewiesenen, diesen nicht zur Leistung verpflichtet, § 784 BGB. Gegen den Willen des Angewiesenen ist also die Anweisung bedeutungslos, sofern nicht der Angewiesene aus besonderen Gründen zur Annahme verpflichtet ist.

Kohler macht nun geltend, daß der Angewiesene eine solche Anweisung deshalb nicht ablehnen dürfe, weil durch die Zahlung an sich selbst das Zahlungsgeschäft nur erleichtert und nicht erschwert werde. Wenn aber der § 787 Abs. 2 BGB. vorschreibt, daß der Angewiesene nicht schon deshalb zur Annahme verpflichtet sei, weil er Schuldner des Anweisenden sei, so muß dies für die Aufrechnung erst recht gelten. Die Stellung des Angewiesenen nimmt hier der Aufrechnungsgegner ein. Dieser würde aber bei Annahme der Anweisung auch gleichzeitig seine Forderung gegen den Anweisenden verlieren. Ist daher der Angewiesene wegen seiner Eigenschaft als Schuldner allein noch nicht zur Annahme der Anweisung verpflichtet, so kann es der Aufrechnungsgegner noch weniger sein, da er außerdem noch seine Forderung gegen den Anweisenden einbüßen würde. Hierin würde gleichzeitig eine Erschwerung der Lage des Angewiesenen zu erblicken sein.

Die Ansicht Kohlers ist daher auch aus den vorgenannten Gründen in der Literatur allgemein abgelehnt worden [31]). Wenn man aber den Vergleich der Aufrechnung mit

---

31) Vgl. Leonhard, ArchBRecht, Bd. 21, S. 207; Lippmann, in JJ., Bd. 43, S. 515 ff.; Eck, S. 363 oben; Oertmann, Recht 05, S. 33 ff. und ArchZivPr., Bd. 113, S. 384; Weigelin, S. 37; Feder, S. 483 ff.; Nolte, S. 126 ff.; Schlichting, S. 76; Brauer, S. 23 ff.; Kipp-Windscheid, § 349, S. 475 unten; Planck, Vorbem. vor §§ 387 ff., Ziff. 2b; Fraustaedter, S. 17/18.

der Anweisung verneint, so kommt man auch zur Ablehnung der Folgerungen, die Kohler aus seiner Lehre gezogen haben will, nämlich zur Verneinung der Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld.

§ 6. Die Theorie Stölzels.

Auch Stölzel behauptet die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld, indem er seine Ansicht folgendermaßen begründet:

In der vorbehaltlosen Bezahlung einer Schuld ist gleichzeitig deren Anerkennung zu erblicken. Ebenso enthält auch die ohne Vorbehalt erklärte Aufrechnung eine Anerkennung der gegnerischen Forderung. Da nun die Anerkennung bei der vorbehaltlosen Zahlung widerrufen werden könne, wenn die Schuld tatsächlich nicht bestand und der Leistende in Unkenntnis seiner Nichtschuld bezahlt habe, so müsse auch das Anerkenntnis bei der irrtümlich erfolgten Aufrechnung gegen eine Nichtschuld widerrufen werden können [32]).

Mit dem Ausdruck „Widerruf" bezeichnet Stölzel hier die Anfechtung; das ergibt sich sowohl aus den von ihm für anwendbar erklärten Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung [33]), als auch aus seiner Gleichsetzung der Ausdrücke „Widerruf" und „Anfechtung" [34]). Stölzel läßt also durch die Aufrechnung gegen eine Nichtschuld die Forderung des Aufrechnenden untergehen und gibt diesem — nach Anfechtung des in der vorbehaltlosen Aufrechnung liegenden Anerkenntnisses wegen Irrtums — nur eine Klage aus §§ 812 ff. BGB. „in Höhe eines dem ideell gezahlten Betrage gleichen Betrages" unter Übernahme des Beweises der Nichtschuld.

Die Ansicht Stölzels, daß in der vorbehaltlosen Zahlung einer Schuld gleichzeitig deren Anerkennung zu finden

---

32) Stölzel, S. 316.
33) S. S. 251 f. und S. 316 f.
34) S. 252.

ist, wurde bereits von Bähr[35]) vertreten. Nach ihm hat die echte Anerkennung sowohl formelle als auch materielle Wirkung. In ersterer Beziehung liegt ihre Bedeutung in der Beweiskraft im Prozeß, während die Anerkennung als Willensmoment eine materiell-rechtliche Erklärung darstellt. — In diesem Sinne versteht wohl auch Stölzel die Anerkennung, da er sich die Ansicht Bährs zu eigen macht, indem er schlechthin auf diesen verweist[36]).

Die Annahme, daß man bei der vorbehaltlosen Aufrechnung gegen eine Nichtschuld das gleichzeitig hierin liegende Anerkenntnis anfechten und nunmehr aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen seinen Aufrechnungsgegner Klage erheben könne, ist jedoch aus folgenden Gründen unrichtig:

Es soll zugegeben werden, daß die vorbehaltlose Zahlung einer Schuld gleichzeitig deren Anerkennung enthält. Diese Ansicht findet jedenfalls eine gesetzliche Stütze in der Vorschrift des § 208 BGB., wo ausdrücklich gesagt wird, daß in der Abschlagszahlung eine Anerkennung des Anspruchs zu finden ist. Wenn aber bereits aus einer Teilzahlung auf die Anerkennung des Anspruchs geschlossen werden kann, so erst recht bei der Bezahlung der ganzen Schuld[37]). In gleicher Weise wird man daher auch in der Aufrechnung eine Anerkennung der gegnerischen Forderungen finden können, da sonst die Erklärung der Aufrechnung widersinnig wäre[38]). Es folgt also die Anerkennung der Schuld bei vorbehaltloser Zahlung aus der gesetzlichen Vorschrift des § 208 BGB. Soweit ist daher auch die Ansicht Stölzels richtig. Nicht beipflichten kann man aber seinen weiteren Ausführungen. Soweit er sich hierbei durch die Bezugnahme auf Bähr auch

---

35) Bähr, S. 53, 59 f.

36) S. 251 unten.

37) Unrichtig daher Brauer, S. 26 f. und Leonhard, ArchBRecht, S. 204 f. unten.

38) Abgesehen von dem Fall, wo die Aufrechnung in Kenntnis des Nichtbestehens einer Gegenforderung erfolgt, und zwar in der Absicht, dem Gegner auf diese Weise die Schuld zu erlassen; s. aber hierzu unten S. 34.

dessen Ausführungen zu eigen macht, daß die echte Anerkennung, auf die der Gläubiger einen Anspruch habe, sowohl eine formelle als auch eine materielle Bedeutung habe, ist darauf hinzuweisen, daß der Anerkennung im Sinne des § 208 BGB. nur eine formelle Bedeutung zukommt. Daß sie nicht materiell wirken kann, ergibt schon der Hinweis auf § 781 BGB., wo für die Gültigkeit des Anerkenntnisses schriftliche Erteilung der Anerkenntniserklärung vorgeschrieben ist. — Die Anerkennung des § 208 BGB. hat daher nur eine prozessuale Bedeutung. Der Schuldner muß, wenn er trotz vorbehaltloser Teilzahlung der Schuld deren Bestehen späterhin bestreitet, seine Behauptungen beweisen. Soweit nun die Anerkennung im Rahmen des § 208 BGB. durch Teilzahlung geschieht, ist sie gleichzeitig in diesem Rechtsgeschäft enthalten. Aber sie besteht nicht selbständig neben diesem Rechtsgeschäft. Daraus folgt wiederum, daß bei der Zahlung nicht die Anerkennung als solche anfechtbar ist, sondern höchstens das Rechtsgeschäft selbst, nämlich das dingliche Übereignungsgeschäft. Die Anerkennung des § 208 BGB. ist auch keine Willenserklärung im technischen Sinne, sondern man ordnet sie im Schrifttum unter den Begriff der Rechtshandlung ein und bezeichnet sie als Vorstellungsmitteilung [39]), so daß die Anerkennung im Rahmen des § 208 BGB. schon deshalb nicht anfechtbar ist, weil sie keine Willenserklärung darstellt [40]).

Damit ist nachgewiesen, daß die Anerkennung der Schuld nicht selbständig anfechtbar ist und daß höchstens das dingliche Rechtsgeschäft, das die Anerkennung enthält, also die Zahlung, angefochten werden könnte, wenn der Schuldner irrtümlich eine Nichtschuld bezahlt. Die weiteren Rechtsfolgen Stölzels zur Begründung seiner Ansicht entfallen damit ebenfalls.

---

39) Vgl. Manigk, S. 652, 701; Klein, S. 323 i. V. mit S. 334.

40) Vgl. Manigk, S. 712 f., 740; Klein, S. 341 f.; anscheinend auch Planck, zu § 208, Anm. 2, letzter Abs.

§ 7. Die Unwirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld.

Nachdem nun die Meinungen derjenigen mitgeteilt und einer kritischen Würdigung unterzogen worden sind, die die Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld bejahen, soll dargelegt werden, daß es zur Aufrechnung zweier gültiger Forderungen bedarf, daß man also gegen eine Nichtschuld nicht wirksam aufrechnen kann. Hierfür sprechen zunächst Gründe, die aus den gesetzlichen Bestimmungen selbst entnommen werden können.

Einmal gebraucht der Gesetzgeber in seiner Definition der Aufrechnung, im § 387 BGB., die Worte „Schulden zwei Personen einander Leistungen ...". Damit will der Gesetzgeber doch zum Ausdruck bringen, daß zwei Personen einander etwas schulden müssen, also beiden Personen gegenseitig Forderungen zustehen. Auch die Vorschrift des § 389 BGB., die die Rückwirkung der Aufrechnung regelt, setzt voraus, daß zur Aufrechnung zwei Forderungen notwendig sind. Bestand dagegen von vornherein nur eine Forderung, so ist der Erfolg der Aufrechnung, der in der gleichzeitigen Tilgung beider Forderungen besteht, natürlich unmöglich.

Leonhard[41]) behauptet zwar, daß dieser Erfolg nur insoweit einträte, als wirklich zwei Forderungen einander gegenüber stehen; für diesen Fall besage der § 389 BGB., daß durch die Aufrechnung nicht etwa nur die eine Forderung erlösche, während die andere bestehen bleibe. — Aber für diese Ansicht findet Leonhard keine Stütze im Gesetz; im Gegenteil steht die gesetzliche Regelung gerade auf dem Standpunkt, daß die Aufrechnung zwei Forderungen voraussetzt.

Wenn § 389 BGB. weiter vorschreibt, daß die Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in dem sie sich einander aufrechenbar gegenübergetreten sind, so erhebt sich natürlich bei Bejahung der Gültigkeit der Aufrechnung

41) ArchBRecht, Bd. 21, S. 174.

gegen eine Nichtschuld die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Wirkung der Aufrechnung zurückbezogen werden soll, wenn eine Gegenforderung überhaupt nicht besteht. Von den Gegnern der herrschenden Lehre hat bisher noch niemand diese Frage beantwortet[42]).

Ferner würde die Gegenmeinung dazu führen, daß der Aufrechnende, der seinem Gegner die Schuld erlassen will, diesen aber nicht zum Abschluß eines Erlaßvertrages bewegen kann, den gleichen Erfolg dadurch erreicht, daß er seinem Schuldner erklärt, er werde gegen dessen gegen ihn gerichtete Forderung aufrechnen. Nach Ansicht der Gegner würde die Forderung des Aufrechnenden untergehen, obwohl diesem bekannt ist, daß dem anderen Teil gar keine Forderung gegen ihn, den Aufrechnenden, zusteht. Das, was der Gesetzgeber nur durch Vertrag geregelt wissen wollte (vgl. § 397 BGB.), würde nun doch durch einseitige Erklärung herbeigeführt werden können. Der Aufrechnungsgegner muß sich also das Erlöschen seiner Schuld gefallen lassen, ohne daß er diesen Erfolg verhindern könnte.

Schließlich verlangen auch die Gegner für die Wirksamkeit der Aufrechnung das Erfordernis der Gegenseitigkeit. Sie verneinen also die Gültigkeit der Aufrechnung, wenn sich die Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll, nicht gegen den Aufrechnenden, sondern gegen einen Dritten richtet. Dann erscheint es aber höchst eigenartig, daß die Aufrechnung dann wirksam sein soll, wenn dem Aufrechnungsgegner überhaupt keine Forderung, und zwar gegen niemanden, zusteht.

Daß die praktischen Folgerungen, die aus der verschiedenen Beantwortung der Streitfrage gezogen worden sind, durchaus zu Gunsten der herrschenden Lehre sprechen, ist bereits oben im § 1 erwähnt worden. Das Nichterlöschen der Pfandrechte und das Bestehenbleiben der Bürgschaften ist eine durchaus zu begrüßende Folgerung aus der Ungültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld.

42) Auch Leonhard nicht, trotz seines Hinweises im ArchBRecht, Bd. 21, S. 174.

Leonhard bemängelt allerdings die Brauchbarkeit des praktischen Ergebnisses der herrschenden Lehre aus folgendem Grunde:

Da dem Aufrechnenden noch seine ursprüngliche Forderung gegen den anderen Teil zustehe, so wird die für diese laufende (kurze) Verjährungsfrist durch die Erklärung der Aufrechnung weder gehemmt noch unterbrochen. Erfahre daher der Aufrechnende erst nach Jahren von dem Nichtbestand der Gegenforderung, so könne er u. U. nicht mehr aus der ursprünglichen Forderung klagen, weil diese bereits verjährt sei. Halte man dagegen in diesem Falle die Aufrechnung für gültig, so läuft die Verjährungsfrist für die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung erst nach 30 Jahren ab. — Diese Folgerung Leonhards[43]) läßt sich allerdings nicht umgehen; sie erscheint mir jedoch nicht so erheblich, um deshalb die herrschende Lehre zu verwerfen und sich der Gegenmeinung anzuschließen[44]).

Ein weiteres Beispiel, das nach Ansicht Leonhards gegen die herrschende Lehre spricht, ist dagegen m. E. nicht brauchbar. Hat jemand notgedrungen ein Darlehen gegen hohe Zinsen aufgenommen und rechnet der Darlehnsgeber später seine Forderung auf gegen eine nichtbestehende Forderung des anderen Teils, so könne der Aufrechnende — nach Ansicht Leonhards[45]) — für die Zeit bis zur Entdeckung der Unwirksamkeit der Aufrechnung, also noch nach Jahren, die geschuldeten hohen Zinsen verlangen.

Es erscheint mir höchst unbillig, die Zinsforderung auch für die Zwischenzeit anzuerkennen. Man kann dieses Ergebnis dadurch vermeiden, daß man dem Darlehnsnehmer einen Schadensersatzanspruch auf das negative Interesse gibt, indem man den § 122 BGB. hier analog anwendet. Der Darlehnsnehmer hat der Erklärung des anderen Teils vertraut. Ohne die vom Gegner erklärte Aufrechnung hätte er das Kapital

---

43) ArchBRecht, Bd. 21, S. 219, § 16.
44) S. auch Fraustaedter, S. 57.
45) ArchBRecht, Bd. 21, S. 222.

am vereinbarten Fälligkeitstermin pünktlich zurückgezahlt. Lediglich wegen der von dem Darlehnsgeber abgegebenen Aufrechnungserklärung ist die Rückzahlung des s. Zt. geliehenen Betrages unterblieben. Der Darlehnsnehmer wäre also niemals einen solch hohen Zinsbetrag schuldig geworden. Da er aber auf die Gültigkeit der Erklärung des anderen Teils vertraute, hat er die Zinszahlungen eingestellt. In diesem Falle kann der Darlehnsnehmer den Schaden ersetzt verlangen, der ihm dadurch entstanden ist, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung des anderen Teils vertraut hat, d. h. der Darlehnsnehmer rechnet mit seiner Schadensersatzforderung auf gegen die Zinsforderung des anderen Teils. Diese analoge Anwendung des § 122 BGB. erscheint mir jedenfalls billig. Daß übrigens die Zubilligung des Vertrauensinteresses im Wege der Analogie auch in anderen Fällen vom Schrifttum gebilligt wird, lehrt die Literatur zu § 153 BGB.[46]).

Damit dürfte auch das praktische Ergebnis, zu dem man bei Befolgung der herrschenden Lehre gelangt, nicht zu beanstanden sein und der herrschenden Lehre bei der Streitfrage nach der Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld der Vorzug zu geben sein[47]).

---

46) Vgl. statt aller Breit, S. 308, unter β, und Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. 1, § 152, Anm. 23.

47) Für Unwirksamkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld sind: Planck, II, Anm. 2, zu § 387; Staudinger, Anm. I 3c, zu § 387; Soergel, Anm. 4, zu § 387; Warneyer, Anm. IV, zu § 387; Cosack, § 170 I 3 und II 1c; Dernburg, § 126 I; Crome, § 192, unter VIb; Schollmeyer, Anm. Id zu § 387, RGR., Anm. IV, zu § 387; Mansfeld, S. 256, linke Halbspalte; Oertmann, Komm., Anm. IV zu § 387; Langheineken, S. 133; Schlichting, § 9, S. 41 ff. Oertmann, ArchZivPr., Bd. 113, S. 405; ders. Recht 01, S. 450; Lippmann, in JJ., Bd. 43, S. 497—499; ders. wohl auch in JJ., Bd. 32, S. 241; Eck, S. 366, vgl. jedoch auch S. 370, wo Leonhard die entgegengesetzte Meinung vertritt; Matthiaß, § 95 II A., S. 243; Eccius, S. 35 und S. 253 ff. unter X; von Mayr, S. 464 unten; Siber, S. 92 letzter Abs.;

Das Reichsgericht hat bisher erst selten Gelegenheit gehabt, die Zweifelsfrage der Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld zu beantworten. Aus der in Seuff. Arch. Bd. 60 S. 55 abgedruckten Entscheidung kann man aber wohl entnehmen, daß sich das Reichsgericht auf die Seite der herrschenden Lehre stellt. Ebenso auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Gruchot Bd. 64 S. 722 letzter Abs., wo das Reichsgericht hervorhebt, „daß die Aufrechnungserklärung das Erlöschen der entgegenstehenden Forderung nur dann bewirkt, wenn die Forderung, die aufgerechnet werden soll, in Wirklichkeit besteht". Aus diesem Satz wird man schließen können, daß das Reichsgericht auch bei Nichtbestand der Gegenforderung der Aufrechnungserklärung die Wirksamkeit versagt, (vgl. auch RGZ. Bd. 80 S. 373).

II. Durch Vertrag.

§ 8. Die Aufrechnung durch Vertrag.

Nachdem nun die Frage der Gültigkeit der Aufrechnung gegen eine Nichtschuld durch einseitiges Rechtsgeschäft beantwortet worden ist, soll im nachstehenden untersucht werden, ob sich an dem gewonnenen Ergebnis etwas ändert, wenn die Aufrechnung durch Vertrag erfolgt. Es ist bereits gesagt worden, daß wegen des im Schuldrecht herrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit auch die Aufrechnung durch Übereinstimmung der Parteien erfolgen kann und daß deshalb das BGB. nur das gesetzliche Recht des Schuldners

---

Weigelin, S. 60; Jäger, Anm. III, zu § 53; Lang, S. 6, unter b; Liebknecht, S. 123/24; Brauer, S. 29 ff.; Endemann, § 144 unter 3, S. 825; Fischer-Henle, Anm. 2, zu § 387; Achilles-Greiff, Anm. 1 d zu § 387; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. 1, § 70, S. 232; Staudinger, Handkomm., Anm. 4 zu § 387; Heck, § 61, unter 5, S. 184. — A. A. — außer den bereits im Text Genannten — ist noch Hellwig, Anm. 47, zu § 34, S. 239 f.

zur Aufrechnung, also die Aufrechnung auch gegen den Willen des anderen Teils, geregelt hat.

Für die Beantwortung der eingangs gestellten Frage ist es von Bedeutung zu wissen, welche rechtliche Natur der vertraglichen Aufrechnung zukommt.

In der Literatur wird darüber gestritten, ob in dem Aufrechnungsvertrage ein Vertrag eigener Art oder ein gegenseitiger Erlaßvertrag zu finden ist oder ob lediglich zwei Erlaßverträge ohne synallagmatische Verknüpfung vorliegen. Von praktischer Bedeutung ist dieser Unterschied nämlich gerade für den Fall, daß eine der zur Aufrechnung verwandten Forderungen nicht besteht. Vertritt man die Ansicht, daß der Aufrechnungsvertrag zwei selbständige Erlaßverträge enthält[48]), so ist der Vertrag auch bei Nichtigkeit der einen Forderung wirksam und die früher bestandene Forderung bleibt erloschen; der Geschädigte kann dann nur nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung von dem anderen Teil Ausgleich verlangen. Nach den anderen beiden Ansichten hingegen ist die Forderung nicht untergegangen und der Gläubiger kann auf seine alte Forderung unmittelbar zurückgreifen.

Die Frage läßt sich, da die Aufrechnung durch Parteivereinbarung erfolgt, auch nur aus dem dem Abschluß des Vertrages zu Grunde liegenden Willen der Parteien entscheiden. Was war beabsichtigt, als der Vertrag geschlossen wurde? Im Sinne der Parteien liegt es nun gewiß nicht, daß bei der vertraglichen Aufrechnung die eine Forderung untergehen soll, auch wenn die Gegenforderung gar nicht besteht.

---

48) So Schlichting, S. 80; Leonhard, Schuldrecht, S. 611; ders. im ArchBRecht, Bd. 21, S. 178; Siber, S. 144; im Ergebnis ebenso Endemann, S. 835, und Weigelin, S. 124, Anm. 2, der den Aufrechnungsvertrag als gegenseitige Anerkennung des Nichtmehrbestehens der Forderungen auffaßt; zu Unrecht wird von Leonhard aber Goldschmidt, S. 184, als auf seiner Seite stehend zitiert.

Jeder Vertragsteil will vielmehr seine Forderung nur dann aufopfern, wenn auch der andere Teil ein Vermögensstück aufgibt. Gerade wegen des Erlöschens der Gegenforderung wird auch die eigene Forderung aufgegeben; zu diesem Zwecke schließt jeder Teil den Aufrechnungsvertrag mit dem Gegner. Kann dieser Erfolg aber wegen Nichtbestehens der Gegenforderung nicht erreicht werden, so will die Partei auch nicht ihre Forderung untergehen lassen. Man muß daher annehmen, daß die eigene Forderung nur dann erlöschen soll, wenn auch die Gegenforderung erlischt. Es ist daher richtig, den Aufrechnungsvertrag als einen gegenseitigen Vertrag anzusehen, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob man von einem gegenseitigen Erlaßvertrag spricht oder von einem gegenseitigen Vertrag eigener Art, z. B. Erfüllungsvertrag[49]). Der überwiegende Teil des Schrifttums nimmt einen gegenseitigen Erlaßvertrag an und versagt deshalb dem Aufrechnungsvertrage seine Wirksamkeit, wenn nur eine Forderung bestand[50]). Die Rechtsprechung kommt zu dem gleichen Ergebnis[51]), dabei ist aber nur in einer Entscheidung[52]) der Aufrechnungsvertrag als gegenseitiger Erlaßvertrag bezeichnet worden.

---

49) So RGR., Anm. 1 zu § 387, vgl. jedoch auch Anm. 4, wo das entgegengesetzte Ergebnis vertreten wird.

50) Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, § 69 I und I,1; Siber, Schuldrecht, § 33 II, S. 136; Langheineken, S. 130; Feder, S. 437, § 4; Stammler, S. 241; Heck, § 62 unter 5 S. 189; Oertmann, Komm., Vorbem. zur Aufrechnung unter 2, S. 405 f.; Achilles-Greiff, Vorbem. zu § 387 unter 2; Kreß, S. 567; Staudinger, Vorbem. zur Aufrechnung unter II; ders., Handkomm., Vorbem. zur Aufrechnung; Eck, S. 361, Anm. 2; Rehbein, S. 333 unter 5, der es allerdings auf den einzelnen Fall abstellt, ob ein gegenseitiger Erlaßvertrag oder ein gegenseitiger Vertrag eigener Art vorliegt.

51) Vgl. JW. 1910, S. 752; OLG. Bd. 33, S. 239 unter β; Recht 1914, Nr. 2408; Recht 1920, Nr. 2343; LZ. 1916, Sp. 535, Nr. 9; a. A. jedoch RGZ., Bd. 63, Nr. 48, S. 190.

52) Gruchot, Bd. 64, S. 722.

C. Die nach Erlöschen der Gegenforderung erklärte Aufrechnung.

§ 9. Die einseitige Aufrechnung.

Ebenso umstritten wie das vorstehend erörterte Problem ist auch die Frage der Zulässigkeit der nachträglichen Aufrechnung, wenn der eine Teil in Unkenntnis der ihm zustehenden Aufrechnungsmöglichkeit bereits gezahlt hat. Es wird im Schrifttum hier vielfach die Ansicht vertreten, daß der Zahlende noch nachträglich die Aufrechnung dem anderen Teil gegenüber erklären könne, um dann das Geleistete als ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern. Dabei werden in der Hauptsache zwei Gründe zur Stützung dieser Ansicht herangezogen.

Einmal die Analogie zu § 813 BGB., indem gesagt wird, daß, wenn schon eine bloße Einrede, die doch den Bestand der Forderung unberührt läßt, ein Rückforderungsrecht gewährt, so müsse dasselbe erst recht dann gelten, wenn der Rückfordernde „sogar imstande gewesen wäre, die Forderung durch eine bloße Willenserklärung zum Erlöschen zu bringen“ [53]).

Zweitens wird auf folgendes hingewiesen: Die Möglichkeit, sich statt durch reale Leistung durch Aufrechnung von der Verbindlichkeit zu befreien, enthalte eine Abfindungs- oder Ersetzungsbefugnis, eine sogenannte facultas alternativa. Wer aber in Unkenntnis einer ihm zustehenden facultas alternativa die Forderung erfülle, glaubt anders zu schulden, als er in Wirklichkeit schuldet. Er kann daher die nicht-so-geschuldete Leistung zurückfordern, wenn er nachträglich von der Ersetzungsbefugnis Gebrauch machen will. Demnach habe auch derjenige, der in Unkenntnis einer ihm zustehenden

---

53) So: Staudinger, Anm. I zu § 389; Weismann, S. 34 f.; Oertmann, Anm. 1 zu § 389; Jäger, zu § 53 2a, Anm. 4.

Aufrechnungsmöglichkeit erfüllt, das Rückforderungsrecht[54]). Beide Begründungen treffen aber nicht zu und sollen nachstehend widerlegt werden.

Von einer facultas alternativa kann nur dort gesprochen werden, wo der Schuldner eine bestimmte Leistung zu erbringen hat, sich aber statt dessen auch durch einen anderen Gegenstand von seiner Verbindlichkeit befreien kann. Darauf deutet auch schon der Satz des Römischen Rechts hin: „una res est in obligatione, sed plures res sunt in solutione". Der Gläubiger kann also nur die geschuldete Leistung verlangen, während der Schuldner statt der geschuldeten eine andere Leistung erbringen kann, ohne daß der Gläubiger berechtigt wäre, diese abzulehnen. Es ist daraus ersichtlich, daß die facultas alternativa zwei verschiedene Leistungsgegenstände voraussetzt. Die Aufrechnungsmöglichkeit kann aber nicht als ein „anderer Leistungsgegenstand" gegenüber der realen Erfüllung angesehen werden. Der Schuldner hat nur die Wahl, in welcher Weise er die gegnerische Forderung zum Erlöschen bringen will, ob durch reale Leistung oder durch Aufrechnung unter gleichzeitiger Aufgabe seiner eigenen gegen den Gläubiger gerichteten Forderung. Es handelt sich also bei der Aufrechnung nur um eine von der realen Leistung verschiedene Form der Erfüllung. Deshalb kann man die Aufrechnung ebensowenig als einen „anderen Leistungsgegenstand" bezeichnen, wie etwa die Hinterlegung, die ebenfalls — wenn sie unter Verzicht auf Rücknahme erfolgt — das Erlöschen der gegnerischen Forderung herbeiführt. Beide, Aufrechnung und Hinterlegung, sind aber nur besondere Formen der Befriedigung des Schuldners[55]).

---

54) So: Planck, Anm. 3 zu § 389; wohl auch Windscheid-Kipp, § 349, S. 478.

55) Dagegen wird die Aufrechnung als facultas alternativa bezeichnet von: Windscheid-Kipp, § 349, S. 475; Reichel, S. 179; Oertmann, ArchZivPr., S. 401, 412; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, S. 239; Siber, S. 133; RGR.,

Man könnte hiergegen allerdings einwenden, daß eine facultas alternativa insofern vorliege, als der Schuldner berechtigt sei, sich statt durch Barzahlung durch Hingabe seiner eigenen gegen den Gläubiger gerichteten Forderung von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Aber auch das trifft nicht zu, denn die Aufrechnung ist keine Hingabe an Erfüllungs Statt[56]), zu der der Schuldner ausnahmsweise auch ohne Einverständnis des Gläubigers befugt sei, sondern sie stellt sich als ein besonderer Tilgungsakt eigener Art dar[57]).

Aus dem Gesichtspunkt der facultas alternativa kann daher die Rückforderung des Geleisteten nicht begründet werden. Aber auch das aus § 813 BGB. abgeleitete argumentum a fortiori ist nicht geeignet, dem in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit Zahlenden einen Bereicherungsanspruch zu gewähren.

Hauptsächlich der Kommentar von Staudinger vertritt den Standpunkt, daß, wer schon wegen Bestehens eines Leistungsverweigerungsrechtes nach § 813 BGB. zurückfordern könne, erst recht dann einen Bereicherungsanspruch haben müsse, wenn er sogar die gegnerische Forderung hätte zum Erlöschen bringen können. Zugegeben ist allerdings, daß der Zahlende zu der Zeit, als er die reale Leistung erbrachte, auch hätte aufrechnen können. Aber damit ist noch nicht gesagt, daß der Leistende auch jetzt noch aufrechnen könne, nachdem die Forderung bereits untergegangen ist. Denn zu dieser Zeit sind die Voraussetzungen für die Aufrechnung — das Gegenüberstehen gleichartiger Forderungen — nicht mehr gegeben und die Aufrechnung gegen Nichtschulden ist, wie wir oben gesehen haben, unwirksam.

Anm. 3 zu § 813. — Für Verneinung sind u. a. Nolte, S. 99 und 124 f.; Langheineken, S. 130; Leonhard, Arch. BRecht, S. 190, § 7 a. E.; RGZ., Bd. 120, S. 282.

56) Was verschiedentlich behauptet worden ist, so von Brauer, S. 19.

57) So Oertmann, Komm., Vorbem. zur Aufrechnung unter 6; Schlichting, S. 77 ff.; anscheinend auch das Reichsgericht in Bd. 120, S. 282.

Nun will Staudinger aber nicht erst aufrechnen und dann kondizieren, sondern umgekehrt erst das Geleistete auf Grund analoger Anwendung des § 813 BGB. zurückfordern und dann die Aufrechnung erklären. Dabei wird darauf aufmerksam gemacht, daß der Zahlende u. U. ein besonderes Interesse daran haben könne, nicht die ihm verbleibende Gegenforderung geltend zu machen, sondern gerade das Geleistete zu kondizieren, weil die Hauptforderung vielleicht höher verzinslich ist als die eigene des Zahlenden; oder dessen Forderung ist bereits verjährt[58]), während sie dies zur Zeit des aufrechenbaren Gegenübertretens beider Forderungen noch nicht war.

Das Interesse des Schuldners, in diesen Fällen noch nachträglich kompensieren zu können, kann allerdings nicht bestritten werden. Aber auch gegenüber dieser Ansicht lassen sich Bedenken geltend machen, die es ratsam erscheinen lassen, die Kondiktion nicht zuzulassen. Geht z. B. das Geleistete, das ja nicht unbedingt Geld zu sein braucht, unter und erhält der Eigentümer für die untergegangene Sache eine hohe Versicherungssumme ausgezahlt, so könnte sich der Schuldner diesen Vorteil nach § 818 Abs. 1 BGB. dadurch verschaffen, daß er nachträglich noch die Aufrechnung erklärt! Unzweifelhaft eine unbillige Entscheidung. Oder aber der Gläubiger, der die Leistung angenommen hat, erklärt nachträglich die Aufrechnung, nachdem er das erhaltene Geld wieder verloren hat. In diesem Falle wälzt er dann den erlittenen Schaden auf den Schuldner ab, da bei dem Gläubiger jetzt die Bereicherung weggefallen ist. — Man kann daher nicht zugeben, daß die Billigkeit des Ergebnisses für die Ansicht Staudingers spricht.

Aber auch seiner juristischen Begründung kann man nicht beipflichten. Seine Schlußfolgerungen aus dem weitergehenden Vordersatz gehen fehl. Wenn der Schuldner das Geleistete deshalb zurückfordern kann, weil er dem Anspruch des Gläubigers eine peremtorische Einrede entgegensetzen

---

58) Vgl. jedoch hierzu Fraustaedter, S. 57.

konnte, so ist hier eben die Forderung des Gläubigers bereits vor ihrer Erfüllung mit dieser Einrede behaftet, während sich im Falle der Aufrechnungsmöglichkeit die beiden einander aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen bis zur Erklärung der Aufrechnung völlig unberührt gegenüberstehen. Auf Grund der Aufrechnungslage kann eben der Schuldner noch keinerlei Einwendungen gegen die Geltendmachung der Forderung des Gläubigers erheben. Erst durch die Erklärung der Aufrechnung selbst entsteht die Einwendung des Schuldners, daß die Forderung erloschen sei. Bis zu dieser Erklärung stehen sich aber — wie bereits bemerkt — die Forderungen völlig unberührt gegenüber, während doch im Falle des § 813 BGB. die Forderung bereits einredebehaftet war, als sie erfüllt wurde.

Der Schuldner hat demnach nur die Wahl gehabt, ob er die Forderung des Gegners durch reale Leistung oder durch Aufrechnung erfüllen wolle. Hat er sich für eine der beiden Möglichkeiten entschieden, so kann er deren Wirkung nicht mehr beseitigen, nur um eine andere Form der Erfüllung zu währen. Es gilt auch hier wieder dasselbe wie bei der Hinterlegung. Ist rechtswirksam unter Verzicht auf Rücknahme hinterlegt worden, so kann dieser Erfolg ebenfalls nicht mehr rückgängig gemacht werden, obwohl der Hinterleger auch hier u. U. ein Interesse daran haben kann, noch nachträglich aufzurechnen. Es würde ferner zu einer großen Unsicherheit im Rechtsverkehr führen, wenn der Erfüllende noch nachträglich sagen könnte, daß er nunmehr mit seiner Gegenforderung aufrechne. Wie lange soll diese Möglichkeit bestehen? Sollte dies etwa noch nach Jahren zulässig sein? — Mit demselben Recht könnte der Leistende dann auch verlangen, noch nachträglich die hinterlegte Sache zurückzunehmen, um aufzurechnen, selbst wenn die Hinterlegung unter Verzicht auf Rücknahme erfolgt ist. Im letzteren Fall wird aber niemand daran zweifeln, daß diese Möglichkeit dem Schuldner nicht mehr zusteht. Weshalb sollte es bei der realen Leistung anders sein?

Der Ansicht Staudingers kann daher nicht beige-

pflichtet werden. Damit entfällt dann aber auch das letzte Argument zur Stützung der Ansicht, daß der Schuldner das Geleistete bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern könne. Die Zulässigkeit der nachträglichen Aufrechnung in diesen Fällen ist daher abzulehnen [59]).

Das Ergebnis, zu dem wir hier gelangt sind, ist übrigens auch der Standpunkt des Gesetzgebers gewesen, der in den Motiven [60]) ausdrücklich ausgesprochen hat, daß die condictio indebiti unzulässig sein soll, „wenn von dem Aufrechnungsrechte kein Gebrauch gemacht worden ist". Auch das Reichsgericht [61]) hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1928 die gleiche Meinung vertreten und sowohl die Zulässigkeit der Analogie aus § 813 BGB. verneint als auch das Vorliegen einer facultas alternativa in diesem Falle abgelehnt.

Das gleiche, was für den Schuldner gesagt ist, gilt auch für denjenigen, der die Zahlung angenommen hat, d. h. für den Gläubiger. Ebensowenig wie der Schuldner noch nachträglich die Aufrechnung erklären kann, ebensowenig wird man zulassen können, daß auch der Gläubiger die Wir-

---

59) So auch: Lippmann, JJ., Bd. 43, S. 548 f.; Feder, S. 477; Siber, S. 133 f.; Leonhard, ArchBRecht, S. 196 f., letzter Abs., und auch S. 189 unter 4; Langheineken, S. 133; Crome, § 193, Anm. 2, S. 299; Cosack, Bd. I, in seiner 4. Aufl. von 1903 § 111 II 2c, in späteren Aufl. hat er die Streitfrage nicht mehr berührt; Matthiaß, § 95 II C1; Heck, S. 187 unter 7 und S. 424 oben; Lang, § 9 III 3a, S. 72; Schlichting, S. 62/63; Nolte, S. 99; Meyer, S. 25; RGR., Anm. 1 zu § 389 (anders aber Anm. 3 zu § 813); v. Tuhr, S. 203; Schollmeyer, Anm. 2 zu § 389; Leonhard, Schuldrecht, S. 628; Fraustaedter, S. 26 ff.; Bernhöft, S. 268; — a. M. außer den bereits Genannten: Kohler, ZZPr., Bd. 20, S. 18; Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. II, S. 240 f.; Hellwig, Anspruch, S. 20; Siber, Schuldrecht, § 33 I 2d, S. 135 f.; Warneyer, Anm. 9 zu § 389.

60) S. 832.

61) RGZ., Bd. 120, S. 280 ff.

kungen der Zahlung durch nachträgliche Aufrechnungserklärung beseitigen kann.

§ 10. Die vertragliche Aufrechnung.

Die Zulässigkeit der nachträglichen Aufrechnung für den Fall, daß die eine Forderung bereits durch Zahlung untergegangen ist, wird man aber dann bejahen können, wenn die Aufrechnung durch Vertrag erfolgt. Die Gründe, die im Falle des § 8 zur Ablehnung auch der vertraglichen Aufrechnung führten, greifen hier nicht Platz. Dort war von Anfang an nur eine Forderung vorhanden, eine Gegenforderung bestand überhaupt nicht, während hier die Möglichkeit der Aufrechnung zwar gegeben war, aber nicht ausgeübt worden ist. Wenn nun auch die einseitig erklärte Aufrechnung für unwirksam anzusehen ist, so schließt dies doch die Gültigkeit der vertraglichen Aufrechnung nicht aus. Denn beide Teile, Gläubiger und Schuldner, erklären hier bei der nachträglich vereinbarten Aufrechnung, daß die erfolgte Leistung nicht als Erfüllung der Schuld angesehen werden soll. Die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung wird man nicht bestreiten können. Im Schuldrecht gilt grundsätzlich die Vertragsfreiheit der Parteien. Diese können alles vereinbaren, sofern nicht das Vereinbarte gegen zwingende gesetzliche Vorschriften oder gegen die guten Sitten verstößt. Also wird man es auch für zulässig halten können, daß Gläubiger und Schuldner miteinander übereinkommen, das bereits Geleistete nicht als Erfüllung der Schuld, für die die Zahlung erfolgt ist, gelten zu lassen. Durch diese Parteiabrede ist es dann so anzusehen, als ob sich die beiden Forderungen noch immer ungetilgt gegenüberstehen, so daß jetzt die Aufrechnung der beiden Forderungen durch Vertrag erfolgen kann, wodurch nunmehr die gegenseitigen Forderungen erlöschen. Die frühere Zahlung ist dann als indebitum in das Vermögen des anderen Teils gelangt und kann aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangt werden.

Lebenslauf.

Am 23. Juli 1902 zu Berlin als Sohn des Zeichners Albert Listner geboren, besuchte ich vom 6. Lebensjahre ab die 257. Gemeindeschule meines Geburtsortes. Ostern 1912 wurde ich auf die Königstädtische Oberrealschule, Berlin, umgeschult. Diese Anstalt verließ ich Ostern 1921 mit dem Zeugnis der Reife. Danach widmete ich mich zunächst dem Bankfach, indem ich bei der Deutschen Bank am 1. April 1921 als Lehrling eintrat. Während meiner Freizeit hörte ich noch staatswissenschaftliche Vorlesungen an der hiesigen Universität. Nach 2½jähriger Lehrzeit und einjähriger praktischer Tätigkeit als Bankbeamter schied ich Ende September 1924 auf eigenen Wunsch aus der Deutschen Bank aus und widmete mich nunmehr dem juristischen Studium in Berlin. Am 22. März 1930 bestand ich am hiesigen Kammergericht das Referendarexamen. Seit dem 15. April 1930 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst, zur Zeit bin ich beim Amtsgericht Berlin-Mitte beschäftigt.

Erich Listner.